

MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL



ACÇÕES COLETIVAS

Prefácio

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Apresentação

LEONARDO ROSCOE BESSA

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

STJ00081081

ACÇÕES COLETIVAS

MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL



© desta edição [2014]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Marisa Harms

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Central de Relacionamento RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [08-2014]

Profissional

Fechamento desta edição [12.08.2014]



ISBN 978-85-203-5478-0

Sumário

| | |
|--|----|
| APRESENTAÇÃO..... | 9 |
| PREFÁCIO | 13 |
| ADVERTÊNCIA QUANTO ÀS TRADUÇÕES | 15 |
| ABREVIATURAS..... | 25 |
| INTRODUÇÃO | 31 |
| A. Ações coletivas: dois grandes gêneros..... | 32 |
| 1. Ação para tutela de interesses públicos e difusos | 32 |
| 2. Ação coletiva para tutela de interesses individuais | 33 |
| B. Processo-modelo | 34 |
| 1. Incidente de resolução de demandas repetitivas | 34 |
| 2. Repercussão geral | 35 |
| C. Características comuns aos dois gêneros de ações coletivas | 35 |
| D. Origens da tutela coletiva | 36 |
| 1. Ação popular romana | 36 |
| a) Características | 37 |
| b) Natureza da legitimação popular romana..... | 38 |
| c) Ações e interditos populares com base no edito | 43 |
| d) Ações populares com base em leis | 44 |
| 2. Influência da ação popular romana nas ações coletivas e populares atuais | 44 |
| E. Concepção moderna de ação coletiva | 46 |
| F. Lei da Ação Civil Pública – 7.347/1985 | 46 |
| G. Código de Defesa do Consumidor | 47 |
| H. Interesse difuso, coletivo e individual homogêneo | 48 |

PARTE I
DIREITOS DIFUSOS

| | |
|---|----|
| 1. LEGITIMIDADE PARA AGIR..... | 49 |
| A. Legitimidade individual | 49 |
| 1. Legitimidade ativa na família romano-germânica..... | 52 |
| 2. Legitimidade na <i>common law</i> | 52 |
| 3. Pluralidade de atores processuais | 54 |
| 4. Pessoa jurídica em juízo | 54 |
| 5. Pessoas jurídicas informais e as ações que as tutelam | 55 |
| 6. Ações de condomínio | 57 |
| 7. Ações com pluralidade de credores..... | 57 |
| 8. Fundações e curatelas..... | 58 |
| 9. Herança jacente | 59 |
| B. Legitimidade coletiva | 59 |
| 1. Legitimidade ordinária na defesa de interesses difusos | 60 |
| 2. Tese majoritária: substituição processual..... | 60 |
| 2. LEGITIMADOS PARA DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS..... | 63 |
| A. Entidades públicas | 64 |
| 1. Ministério Público | 66 |
| a) Inquérito civil | 67 |
| b) Balanço | 68 |
| 2. Procuradorias da União, Estados e Municípios..... | 69 |
| a) Pertinência temática das procuradorias de Estados- -membro? | 69 |
| 3. Defensoria Pública..... | 70 |
| 4. Ordem dos Advogados do Brasil – OAB | 70 |
| B. Associações | 71 |
| 1. Exigências típicas para legitimação das associações | 75 |
| 2. Ação de associações como modelo representativo | 76 |
| 3. Ação de associações como modelo sindical? | 77 |
| a) O número de membros da associação | 79 |
| b) Consentimento entre os membros da coletividade..... | 80 |
| c) Exigência de estrutura democrática das associações | 81 |

| | |
|---|-----|
| d) Critério geográfico: a vinculação local da associação | 82 |
| e) Critério histórico-antropológico..... | 82 |
| f) Conclusão..... | 83 |
| 4. Legitimidade das associações nos EUA..... | 83 |
| 5. Legitimidade das associações na Alemanha | 84 |
| C. O indivíduo | 85 |
| 3. INTERESSES DIFUSOS | 87 |
| D. Interesses pós-modernos? | 89 |
| E. Interesse público vs. individual | 90 |
| F. Interesse público e geral | 92 |
| 1. Critério normativo-funcional | 92 |
| a) Concretização do interesse público nas normas trabalhistas e consumeristas | 93 |
| b) Disponibilidade das normas trabalhistas e consumeristas . | 94 |
| 2. Critério quantitativo..... | 94 |
| 3. Conclusão | 95 |
| G. Conceito funcional de interesses difusos | 96 |
| 1. Conceitos tradicionais de interesses difusos..... | 100 |
| a) Críticas aos interesses difusos..... | 101 |
| b) Características materiais dos interesses difusos | 102 |
| 2. Transformação de qualquer interesse supraindividual em difuso via ação coletiva? | 103 |
| 3. Direitos materiais de titularidade difusa? | 106 |
| 4. Interesse difuso como indeterminabilidade de sujeitos (Espanha e Portugal)..... | 107 |
| 5. Interesses difusos como proteção de instituições | 110 |
| 6. Interesses essencialmente e acidentalmente coletivos | 110 |
| 7. Ação para tutela de interesses difusos nos EUA?..... | 111 |
| H. Conceito legal..... | 114 |
| 1. Circunstância fática identificadora da coletividade | 114 |
| 2. Indivisibilidade do direito ou bem jurídico | 116 |
| 3. Transindividualidade | 117 |
| a) Teoria dos bens públicos | 118 |
| b) Fenômeno do carona (<i>free rider</i>)..... | 118 |

| | |
|---|-----|
| 4. Interesse difuso como condição da ação coletiva | 120 |
| I. Definição do interesse pelo pedido (Nery Jr.) | 120 |
| 1. Crítica ao método | 122 |
| J. Disposição de direitos difusos | 122 |
| 1. Transação e renúncia | 123 |
| 2. Disposição de caráter processual | 125 |
| K. Conclusão | 126 |
| 4. AÇÕES PARA TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS..... | 129 |
| A. Ação penal tutela interesses difusos? | 129 |
| B. Ação civil pública clássica | 129 |
| 1. Qualidade de vida: tutela da natureza e da cultura..... | 130 |
| a) Titulares do direito..... | 131 |
| b) Conteúdo jurídico | 132 |
| c) Ações coletivas ambientais | 134 |
| d) Ações para a tutela de bens culturais | 138 |
| 2. Ações com base no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) | 140 |
| C. Direitos difusos do consumidor | 141 |
| 1. Titulares do direito | 143 |
| 2. Conteúdo jurídico | 143 |
| a) Ação para controle de publicidade | 144 |
| b) Ação coletiva de responsabilidade civil dos fornecedores .. | 145 |
| c) Ação de responsabilidade por danos morais coletivos: a | |
| <i>punitive damages</i> brasileira..... | 145 |
| d) Ações para proteção à concorrência (Lei 12.529/2011) | 150 |
| e) Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003) | 152 |
| f) Ação inibitória ou de cessação alemã | 153 |
| D. Direito à integração e normas antidiscriminatórias | 156 |
| 1. Conteúdo jurídico | 158 |
| 2. Ação afirmativa..... | 158 |
| 3. Ação afirmativa no Brasil | 159 |
| a) Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) | 159 |
| b) Ação por danos à honra e à dignidade de grupos raciais, | |
| étnicos ou religiosos | 161 |
| c) Lei das pessoas com necessidades especiais (Lei 7.853/ | |
| 1989)..... | 164 |

| | | |
|----|---|-----|
| | d) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) | 164 |
| | e) Estatuto do Idoso (10.741/2003) | 166 |
| E. | Direito a normas constitucionais | 168 |
| F. | Direito à boa e eficiente Administração | 169 |
| | 1. Ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CF e Lei 4.717/1965) | 169 |
| | a) Titulares do direito | 170 |
| | b) Conteúdo jurídico | 171 |
| | c) Moralidade administrativa | 173 |
| | d) Legitimados passivos | 174 |
| | 2. Ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) | 175 |
| | a) Rito da ação de improbidade | 177 |
| | 3. Intersecção entre a ação civil pública e a ação popular | 177 |
| | 4. Coisa julgada | 178 |
| | 5. Crítica à ação popular | 179 |
| G. | Direito à implementação de políticas públicas e prestações positivas contra o Estado | 180 |
| | 1. Déficit do Executivo e “fuga para o Judiciário”? | 181 |
| | a) Menos Estado, mais ações coletivas? | 182 |
| | 2. Prestações positivas no Brasil | 183 |
| | a) A evolução jurisprudencial | 184 |
| | b) Separação dos Poderes | 185 |
| | c) Proibição de retrocesso social? | 187 |
| | d) Reserva do possível | 187 |
| | e) O problema da execução | 188 |
| | f) Práxis nos EUA | 191 |
| | 3. Crítica | 192 |
| | 4. Consequências políticas negativas | 194 |
| | 5. Ação coletiva por omissão administrativa | 195 |
| | 6. Prestações positivas contra entes privados prestadores de serviço público | 196 |
| H. | Direitos ao acesso à saúde e a medicamentos | 198 |
| | 1. Pretensão à política pública e ao tratamento ordinário | 200 |
| | 2. Pretensão a tratamento excepcional | 201 |
| | 3. Pretensão ao fornecimento de medicamentos | 202 |
| 5. | COISA JULGADA E INTERESSES DIFUSOS | 205 |
| A. | <i>Astreintes</i> | 205 |
| B. | Coisa julgada <i>in utilibus</i> | 207 |

| | |
|--|-----|
| C. Coisa julgada territorial em interesses difusos..... | 208 |
| D. Execução | 210 |
| 1. Contribuinte paga a conta? | 211 |
| 6. QUESTÕES PROCESSUAIS ESPECÍFICAS | 213 |
| A. Jurisprudência sobre ações em defesa dos contribuintes | 213 |
| B. Pluralidade de ações populares e coletivas e litispendência | 214 |
| 1. Litispendência | 215 |
| a) Modelo alemão | 217 |
| 2. Conexão | 218 |
| C. Conversão de ações individuais em coletivas para defesa de interesses difusos (art. 334 do CPC) | 219 |
| 1. Legitimidade para o requerimento de conversão | 221 |
| 2. Conclusão | 222 |
| D. Prazo prescricional para a ação civil pública..... | 222 |

PARTE II

DIREITOS INDIVIDUAIS COLETIVAMENTE TRATADOS

| | |
|---|-----|
| 7. INTERESSE COLETIVO EM SENTIDO ESTRITO | 225 |
| A. Função da responsabilidade civil coletiva..... | 226 |
| B. Conceito legal..... | 227 |
| 1. Interesses coletivos como interesses individuais agrupados | 228 |
| 2. Interesse coletivo do modelo sindical | 228 |
| C. Teorias sobre a representação | 229 |
| 1. Teoria da Representação Adequada..... | 230 |
| a) Representação adequada como superação do individualismo? | 231 |
| b) Devido processo legal | 232 |
| c) Devido processo em confronto com outros princípios constitucionais | 232 |
| d) Devido processo em ações para a tutela de interesses difusos | 233 |
| 2. Representação pressuposta em danos de bagatela | 233 |
| 3. Teoria sociológica: o acesso à Justiça | 235 |
| 4. Teoria do consentimento | 237 |
| a) Modelo <i>opt-in</i> | 238 |
| b) Modelo <i>opt-out</i> | 238 |

| | | |
|----|--|-----|
| 5. | Teoria do interesse comum | 239 |
| a) | Da idade média ao <i>bill of peace</i> | 239 |
| b) | <i>Representative action</i> inglesa | 240 |
| 6. | Evolução da Teoria da Representação Adequada nos EUA | 242 |
| a) | Representação adequada na prática dos EUA | 244 |
| b) | Observações sobre o sistema dos EUA | 245 |
| D. | Representação adequada e coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> | 247 |
| 1. | Novos desenvolvimentos da jurisprudência do STJ: representação adequada presumida? | 249 |
| 2. | Conversão de ações individuais em coletivas do art. 334 do novo CPC | 252 |
| 8. | LEGITIMAÇÃO PARA AÇÃO EM INTERESSES COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS | 255 |
| A. | Entidades públicas | 255 |
| 1. | Ministério Público | 256 |
| a) | Legitimidade pela natureza cogente das normas | 257 |
| b) | Legitimidade pela relevância social | 257 |
| B. | Associações | 260 |
| 1. | Exigências típicas para legitimação das associações | 260 |
| 2. | Ações de associações na defesa de direitos individuais de associados | 260 |
| a) | Substituição processual legal e convencional | 261 |
| b) | Limitação territorial em ação de representação de associados? | 262 |
| 3. | Ação de associações como modelo representativo? | 263 |
| C. | Indivíduo | 263 |
| 9. | AÇÕES PARA DEFESA DE INTERESSE COLETIVO EM SENTIDO ESTRITO | 265 |
| A. | Ações coletivas na Justiça do Trabalho | 265 |
| 1. | Dissídio coletivo (art. 114, § 1.º, da CF) | 265 |
| 2. | Ação civil pública | 266 |
| B. | Ações coletivas passivas | 267 |
| C. | Ação para controle de cláusulas contratuais de consumo | 268 |
| 1. | Ações contra instituições financeiras | 269 |
| 2. | A ação inibitória de cláusulas contratuais alemã | 270 |
| a) | Cosa julgada | 271 |

| | |
|---|-----|
| 10. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS..... | 273 |
| A. Ações para defesa de interesse individual homogêneo..... | 273 |
| 1. Ações de bagatela | 274 |
| 2. Penas pecuniárias (<i>punitive damages</i>) | 274 |
| 3. Ação para absorção de lucros indevidos | 275 |
| B. Mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, da CF) | 277 |
| 1. Partidos políticos..... | 278 |
| 2. Entidades de classe e organizações sindicais..... | 279 |
| C. Lei dos investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/1989) | 279 |
| D. Ações da Lei de Falências e decorrentes de insolvência civil..... | 280 |
| 11. SENTENÇA COLETIVA..... | 281 |
| A. Condenação genérica | 281 |
| 1. <i>Astreintes</i> | 282 |
| 2. Conversão de ações individuais em liquidação de sentença..... | 283 |
| 3. Coisa julgada territorial em interesses coletivos e individuais homogêneos | 284 |
| B. Liquidação individual..... | 285 |
| C. Execução individual | 286 |
| 1. Execução individual promovida pelo autor coletivo..... | 287 |
| 2. Prescrição da execução | 288 |
| 3. Foro competente para a execução individual | 290 |
| D. Liquidação e execução global (art. 100 do CDC) | 290 |
| 1. <i>Fluid recovery</i> : a solução <i>next best</i> ou <i>cy près</i> | 292 |
| 2. <i>Fluid recovery</i> no STJ: estudo de caso | 294 |
| 12. QUESTÕES ESPECÍFICAS DE INTERESSES COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS | 297 |
| A. Disposição de direitos materiais do grupo | 297 |
| B. Litispendência e conexão | 298 |
| 1. Litispendência e conexão com ações individuais..... | 299 |
| PROPOSTA DE LEI PARA DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS DE BAGATELA | 301 |
| ANEXO – UNTERLASSUNGSKLAGEGESETZ – LEI DA AÇÃO INIBITÓRIA | 303 |
| BIBLIOGRAFIA | 311 |